

1. In een uitspraak van de Afdeling van 12 september 2019 staat de Nederlandse rechtspraak ten aanzien van de toepassing van artikel 20 VWEU voor de toekenning van een verblijfsrecht aan een familielid van een EU burger opnieuw ter discussie. De mogelijkheid voor familieleden van een EU burger om een afgeleid verblijfsrecht aan artikel 20 VWEU te ontleen werd voor het eerst erkend in het arrest *Ruiz Zambrano* uit 2011.¹ De rechtvaardiging voor deze toepassing was dat de weigering van een verblijfsrecht ertoe zou leiden dat de kinderen van Ruiz Zambrano die EU burgers waren het grondgebied van de Unie met hun ouders zouden moeten verlaten, waardoor hen het effectieve genot van hun burgerschapsrechten zou worden ontnomen. Het arrest was revolutionair omdat het EU recht werd toegepast zonder dat de betrokken EU burgers een grens hadden overgestoken.² De minister voor Immigratie en Asiel was echter de mening toegedaan dat het arrest weinig impact zou hebben. Hij leidde af dat het EU-Hof vooral beoogd had een oplossing te bieden voor de specifieke casus in *Ruiz Zambrano*, maar dat een dergelijke situatie zich niet gemakkelijk voor zou doen in Nederland. De redenering voor zijn standpunt bestond daaruit dat het Nederlandse nationaliteitsrecht in gevallen zoals in *Ruiz Zambrano* de betrokkene(n) geen nationaliteit toekent, met als gevolg dat dezelfde situatie zich naar alle waarschijnlijkheid niet of zelden voor zou doen.³ Het beleid dat in de jaren erna werd gevoerd implementeerde het idee dat *Ruiz Zambrano* slechts toegepast kon worden in exceptionele situaties. In het bijzonder werd duidelijk dat de Minister de mening was toegedaan dat artikel 20 VWEU geen toepassing kon krijgen in situaties waarin er minimaal één ouder was die de Nederlandse nationaliteit had. Bij uitzetting van de derdelander ouder zou het kind eenvoudigweg bij die ouder kunnen blijven wonen, zodat hij op het grondgebied van de EU zou kunnen blijven, waardoor zijn burgerrechten niet geschaad zouden worden. Deze regel gold zelfs wanneer de Nederlandse ouder alleen met externe hulp en ondersteuning voor de zorg en opvoeding van het kind zou kunnen zorgen.⁴ Uiteindelijk heeft de Centrale Raad van Beroep hierover vragen gesteld aan het Hof van Justitie, die oordeelde dat de Nederlandse rechtspraak in strijd was met artikel 20 VWEU.⁵

2. De weigering van een verblijfsrecht aan de derdelander ouder van een Nederlands kind wanneer er een Nederlandse ouder beschikbaar is die in theorie voor het kind zou kunnen zorgen blijkt niet de enige manier te zijn waarop de toepassing van artikel 20 VWEU in Nederland beperkt wordt. In de uitspraak van 12 september gaat het om de Malinese moeder van een Nederlands kind. Tot 2015 verbleven zij in Zwitserland, waar zij beiden een verblijfsrecht genoten. In 2015 is het gezin naar Nederland vertrokken, waarna de Zwitserse autoriteiten de Zwitserse verblijfsvergunning ingetrokken hebben. Vervolgens heeft de moeder in Nederland een verblijfstitel aangevraagd op grond van de bescherming van het familieleven dat zij met haar Nederlandse kind genoot binnen het kader van artikel 8 EVRM. De Staatssecretaris weigerde de aanvraag, omdat het kind en de moeder hun familieleven volgens hem in Zwitserland konden uitoefenen. De Zwitserse autoriteiten hadden daartoe per brief laten weten dat het gezin daar opnieuw toegang zou krijgen. Net als de aanwezigheid van een Nederlandse ouder, zoals in *Chavez-Vilchez*, was de omstandigheid dat het kind en de moeder eventueel verblijf in Zwitserland konden krijgen voldoende reden voor de Staatssecretaris om artikel 20 VWEU niet toe te passen. De rechtbank heeft het besluit evenwel vernietigd. Niet op principiële gronden, maar omdat de Staatssecretaris onvoldoende had geverifieerd of het gezin in Zwitserland niet alleen toegang, maar ook daadwerkelijk een verblijfsvergunning zou krijgen. Indien deze verblijfsvergunning inderdaad toegekend zou worden dan zou artikel 20 VWEU volgens de rechtbank geen aanspraak op een verblijfstitel in Nederland verlenen aan de moeder, omdat het kind in dat geval niet gedwongen zou zijn om het grondgebied van de Unie te verlaten, want het zou dan in Zwitserland kunnen verblijven. Als daarentegen in Zwitserland geen verblijfsrecht verkregen zou kunnen worden, dan zou de Staatssecretaris wel moeten beoordelen of artikel 20 VWEU hier toegepast moest worden.

1 HvJEU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), JV 2011/146 m. nt. Boeles, EU:C:2011:124,ve11000568.

2 P. Van Elsuwege, 'Shifting the Boundaries? European Union Citizenship and the Scope of Application of EU Law—Case No. C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi' [2011] *Legal Issues of Economic Integration*, 38(3), pp. 263-276.

3 *Kamerstukken II* 2010/11, 19 637, nr. 1408, Brief van de minister voor Immigratie en Asiel van 31 maart 2011.

4 A.A.M. Schrauwen, 'Uitspraak Hof van Justitie van de Europese Unie, 10 mei 2017, zaak C-133/15, *Chavez-Vilchez e.a./Raad van bestuur van de Sociale Verzekeringsbank e.a.* – Het belang van het kind in *Zambrano* situaties' [2017] *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 7, pp.173-180, p. 175.

5 HvJEU 10 mei 2017, C-133/15 (*Chavez-Vilchez*), JV 2017/143 m. nt. Groenendijk, EU:C:2017:354,ve17000895.

3. Hoewel de zaak hier niet vermeld wordt lijkt de beslissing van de rechtbank op de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Alokpa*.⁶ *Alokpa* was een Togolees onderdaan die met haar twee kinderen die de Franse nationaliteit bezaten in Luxemburg verbleef en daar een verblijfsrecht aanvraag op grond van artikel 20 VWEU. Het Hof oordeelde echter dat *Alokpa* op grond van diezelfde bepaling een verblijfsrecht in Frankrijk zou genieten om voor haar kinderen te kunnen zorgen en dat de weigering van een verblijfsrecht in Luxemburg er daarom niet toe zou leiden dat de kinderen gedwongen zouden zijn om het grondgebied van de Unie te verlaten. Zij konden immers met hun moeder naar Frankrijk verhuizen. Het oordeel van de rechtbank in de uitspraak van 12 september spiegelt dit arrest en redeneert dat het bestaan van een verblijfsrecht in Zwitserland het ontstaan van een verblijfsrecht in Nederland uitsluit. Op zichzelf is deze logica begrijpelijk en goed inpasbaar in het Europese systeem van gezinshereniging, dat ook in *Alokpa* toegepast wordt. Volgens dit systeem is de toepassing van artikel 20 VWEU slechts een vangnetoptie voor wanneer andere gronden voor de verkrijging van het verblijfsrecht niet beschikbaar zijn. Ook in *Alokpa* kijkt het Hof daarom eerst naar de toepassing van artikel 21 VWEU en Richtlijn 2004/38 die daar een uitwerking van is. Wanneer het gezin zich bevindt in een lidstaat waarvan het kind dat EU burger is geen onderdaan is, dan kan op die gronden en door toepassing van het arrest *Zhu en Chen* een afgeleid verblijfsrecht aan de moeder toegekend worden dat is gelinkt aan de uitoefening van het recht op vrij verkeer door het kind dat EU burger is.⁷ Voor toepassing van die regel moet het kind echter aan de voorwaarden in de richtlijn voldoen, die onder andere voorschrijft dat hij voldoende economische middelen beschikbaar moet hebben. Als hij niet aan die voorwaarden voldoet dan kan alsnog een verblijfsrecht ontleend worden aan artikel 20 VWEU, mits het kind anders gedwongen wordt om het grondgebied van de Unie te verlaten.⁸ Vanuit die logica kan de redenering van de rechtbank wel gevolgd worden, mits er een daadwerkelijk verblijfsrecht in een andere lidstaat bestaat, want ingevolge *Alokpa* zal je artikel 20 VWEU buiten de lidstaat waarvan het kind een onderdaan is niet gemakkelijk kunnen toepassen. Om te voorkomen dat het kind alsnog het grondgebied van de EU moet verlaten kom je dan evengoed weer uit bij de toekenning van een verblijfsrecht in Nederland.

4. In casu heeft de Malinese moeder echter geen verblijfsrecht in een andere lidstaat, maar in Zwitserland – een non-EU staat. De weigering van een verblijfsrecht op grond van de omstandigheid dat het kind en de moeder hun gezinsleven in Zwitserland kunnen uitoefenen verplicht het kind nog steeds om het grondgebied van de Unie te verlaten. De vraag die daarom gesteld moet worden is of het kind op grond van de bilaterale verdragen tussen de EU en Zwitserland de rechten die aan het burgerschap verbonden zijn op dezelfde manier kan uitoefenen in Zwitserland als in een lidstaat van de Unie. Alleen dan wordt hem het effectieve genot van zijn burgerschapsrechten niet onzegd. Het oordeel van de Afdeling in hoger beroep is daarom dat de Staatssecretaris zich eerst van die omstandigheid moet vergewissen en daar bovenop van de zekerheid dat het kind en zijn moeder daadwerkelijk een verblijfsrecht in Zwitserland zal worden toegekend, voordat een afgeleid verblijfsrecht voor de moeder geweigerd kan worden.⁹ De uitspraak wordt daarmee goed ingepast in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en is tevens relevant voor gezinnen die eventueel recht hebben op verblijf in een van de landen van de Europese Economische Ruimte. In geval van het bestaan van een verblijfsrecht in een van de landen van de EER zou de Staatssecretaris dan dezelfde toets uit moeten voeren, alvorens het verblijfsrecht in Nederland te weigeren.

5. In het licht van de toets die uitgevoerd moet worden om te bepalen of het afgeleide verblijfsrecht toegekend moet worden oordeelt de Afdeling evenwel dat de grond voor vernietiging van het oorspronkelijke besluit waar de rechtbank zijn uitspraak op steunt onjuist is. De rechtbank heeft namelijk vernietigd op grond van een motiveringsgebrek, omdat de Staatssecretaris volgens die uitspraak bij de Zwitserse autoriteiten had moeten verifiëren of de Malinese moeder en haar Nederlandse kind daadwerkelijk een verblijfsrecht zouden verkrijgen. Volgens de Afdeling ligt het

6 HvJEU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alokpa en Moudoulou*), JV 2013/378, ECLI:EU:C:2013:645, [ve13001992](#).

7 HvJEG 19 oktober 2004, C-200/02 (*Zhu en Chen*), JV 2004/446 m. nt. Boeles, RV 2004, 91, EU:C:2004:639, [ve04001745](#).

8 H. Kroeze, 'The Substance of Rights: New Pieces of the Ruiz Zambrano Puzzle' [2019] *European Law Review*, (2), pp. 238-256, p. 241; S. Adam, P. Van Elsuwege, 'Citizenship Rights and the Federal Balance between the European Union and its Member States' [2012] *European Law Review*, 37(2), pp. 176-190, p. 180-181; C-86/12 *Alokpa* EU:C:2013:645, par. 20-24; C-133/15 *Chavez-Vilchez* EU:C:2017:354, par. 48-49.

9 ABRvS 12 september 2019, NL:RVS:2019:3137, punt 3.2.

motiveringsgebrek daarentegen daarin dat niet is getoetst of het kind in Zwitserland dezelfde bescherming van zijn burgerrechten zou genieten als in Nederland, waardoor de Staatssecretaris nog niet toe had hoeven komen aan de verificatie bij de Zwitserse autoriteiten. Die verificatie vindt immers pas plaats nadat die toets heeft plaatsgevonden en is vastgesteld dat die rechten inderdaad gelijkwaardig zijn. De Afdeling laat de uitspraak van de rechtbank daarom in stand, met verbetering van de gronden waarop deze rust.¹⁰

6. De vraag kan evenwel gesteld worden of de Staatssecretaris de aangewezen autoriteit is om te beoordelen of het kind in Zwitserland dezelfde burgerschapsrechten geniet als in de lidstaten van de Europese Unie. Ter verzekering van de uniformiteit en effectiviteit van het Unierecht is het Hof van Justitie in beginsel immers de aangewezen autoriteit om te oordelen of de mogelijkheid om in Zwitserland of in een land van de Europese Economische Ruimte te verblijven een optie is die gelijkwaardig is aan een verblijf in de lidstaten. Hetzelfde geldt voor de beantwoording van de vraag of de mogelijkheid tot verblijf aldaar geacht wordt een gelijkwaardig alternatief te bieden voor het niet gedwongen worden om het grondgebied van de Unie te verlaten. In alle gevallen is het overigens relevant om de rechtspraak van het Hof inzake de relatie tussen de EU en Zwitserland in herinnering te brengen. In het bijzonder wordt verwezen naar een zaak tussen Zwitserland en de Europese Commissie, ten aanzien van de toelaatbaarheid van een Duitse maatregel waardoor het vluchtverkeer vanuit Zwitserland in het Duitse luchtruim werd beperkt. Zwitserland voerde aan dat de maatregel in strijd zou met de vrijheid van dienstenverkeer in de Europese Unie en in de relatie tussen de EU en Zwitserland. In de bespreking van de zaak overweegt het Hof dat Zwitserland nooit is toegetreden tot de EU en geen deel uitmaakt van de interne markt, waaronder de vrijheid van dienstverlening valt. 'Derhalve kan de aan de Unierechtelijke bepalingen over deze interne markt gegeven uitlegging niet automatisch worden getransponeerd op de uitlegging van de overeenkomst EG-Zwitserland [...].'¹¹ Het is dus niet bij voorbaat evident dat een EU burger in Zwitserland dezelfde rechten zou genieten als in een lidstaat.

7. Een laatste aspect dat relevant is in deze uitspraak ziet op de bewijslastverdeling die geldt voor een verblijfsaanvraag op grond van artikel 20 VWEU. De Staatssecretaris stelt ten aanzien daarvan 'dat de bewijslast bij de vreemdeling ligt, ten eerste om aannemelijk te maken dat zij en haar minderjarig kind het gezinsleven niet in Zwitserland kunnen uitoefenen en ten tweede om aannemelijk te maken dat er een situatie bestaat waarin een Unieburger feitelijk wordt gedwongen het grondgebied van de Europese Unie te verlaten.'¹² De Afdeling verwerpt deze stelling onmiddellijk en adequaat met verwijzing naar het arrest *Chavez-Vilchez*. In dit arrest staat inderdaad dat de derdelander die zegt aanspraak te maken op een afgeleid verblijfsrecht op grond van artikel 20 VWEU gevraagd mag worden om de gegevens te verschaffen die deze aanspraak ondersteunen. 'Het is echter aan de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat om aan de hand van de [...] verschaft gegevens het nodige onderzoek te doen teneinde [...] [de aanvraag] te kunnen beoordelen.'¹³ 'De rechtbank heeft dus terecht overwogen dat de Staatssecretaris het besluit ondeugdelijk heeft gemotiveerd'.¹⁴

8. Wat verder nog opvalt in de redenering van de Staatssecretaris is dat zijn onderzoek zich in de eerste plaats richt op de vraag of de Unieburger en zijn moeder hun gezinsleven elders kunnen uitoefenen en hij daarna pas toekomt aan de toets van artikel 20 VWEU. Dit is onjuist. De vraag of het gezin in kwestie hun gezinsleven elders kunnen uitoefenen is namelijk niet relevant voor de toepassing van het EU recht, maar voor de toetsing in het kader van de verenigbaarheid van een besluit met de bescherming van het gezinsleven dat is neergelegd in artikel 8 EVRM. Anders dan in het EU recht wordt het recht van verblijf in een aangeduid land niet als zodanig beschermd door artikel 8 EVRM. Daartoe overweegt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat artikel 8 EVRM de lidstaten van de Raad van Europa geen verplichting oplegt om de keuze voor een land van verblijf van een huwelijkskoppel te respecteren of om gezinshereniging toe te staan.¹⁵ Vanuit dat perspectief redeneert het Hof dat de weigering van een verblijfsrecht in een bepaald land gerechtvaardigd is als

10 ABRvS 12 september 2019, NL:RVS:2019:3137, punt 3.3 en 4.

11 HvJEU 12 april 2013, C-547/10 P (*Zwitserse Bondstaat t. Europese Commissie*), EU:C:2013:139, par. 78-83.

12 ABRvS 12 september 2019 NL:RVS:2019:3137, punt 3.

13 ABRvS 12 september 2019 NL:RVS:2019:3137, punt 3.1 en 3.2; C-133/15 (*Chavez-Vilchez*) EU:C:2017:354, par. 78.

14 ABRvS 12 september 2019 NL:RVS:2019:3137, punt 3.2.

wordt vastgesteld dat het koppel of de familie in een ander land hun gezinsleven kunnen uitoefenen.¹⁶ Het EU recht daarentegen biedt juist wel de garantie dat je op het territorium van de Unie als geheel kunt verblijven. De artikel 20 VWEU toets voor gezinshereniging is daar zelfs op gebaseerd, want gezinshereniging moet worden toegestaan omdat de EU burger anders verplicht zou worden om het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten.¹⁷ Deze bescherming is sterker dan de bescherming van artikel 8 EVRM en de volgorde van de toetsing die de Staatssecretaris hanteert is daarmee onjuist. Allereerst moet onderzocht worden of de weigering van een verblijfsrecht ertoe leidt dat de EU burger wordt gedwongen het grondgebied van de Unie te verlaten. Als dat het geval is dan moet een verblijfsrecht toegekend worden. Als die toets niet doorstaan wordt, bijvoorbeeld omdat er geen afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen de EU burger en zijn familielid¹⁸, dan moet er aanvullend nog getoetst worden of de weigering van een verblijfsrecht in strijd is met de bescherming van het familieleven.¹⁹ Dan pas komt de vraag in beeld of dit familieleven ook elders voortgezet kan worden.

Hester Kroeze, promovenda aan het Ghent European Law Institute, Universiteit Gent (Jean Monnet Centre of Excellence).

15 EHRM 28 mei 1985 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom* (no. 9214/80, 9473/81 en 9474/81), RV 1985, 105 en RV 100, 19 par. 68; EHRM 31 januari 2006 *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v Netherlands* (no. 50435/99), par. 39, <<JV>> 2006/90 m. nt. Boeles, RV 2006, 21; EHRM 3 oktober 2014 *Jeunesse v Netherlands* (no. 12738/10), JV 2014/343 m. nt. Boeles, par. 107.

16 EHRM 2 augustus 2001 *Boultif v Switzerland* (no. 54273/00), JV 2001/254 m. nt. Boeles, par. 48; EHRM 18 oktober 2006 *Üner v Netherlands* (no. 46410/99), ve02000764, JV 2006/417 m. nt. Boeles, RV 2006, 24, par. 58.

17 H. Kroeze, 'The Substance of Rights: New Pieces of the Ruiz Zambrano Puzzle' [2019] *European Law Review*, (2), pp. 238-256, p. 243; HvJEU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci e.a.*), JV 2012/6 m. nt. Groenendijk, EU:C:2011:734, par. 66.

18 H. Kroeze, 'Chavez-Vilchez e.a. t. SVB Nederland – Belang van het kind staat centraal in de toepassing van Ruiz Zambrano' [2017] *SEW*, 11, pp. 482-486; S. Adam, P. Van Elsuwege, 'Citizenship Rights and the Federal Balance between the European Union and its Member States' [2012] *European Law Review*, 37(2), pp. 176-190, p. 181-182; C-133/15 *Chavez-Vilchez* EU:C:2017:354, par. 69; C-82/16 *KA* EU:C:2018:308, par. 52.

19 C-256/11 (*Dereci*) EU:C:2011:734, par. 70.